

El arbitraje y los adicionales de obra

Arbitration and additional work

MARIO CASTILLO FREYRE*

RITA SABROSO MINAYA**

Resumen: El artículo parte recordando que el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ley 26850 del año 1998, estableció —por primera vez—, como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias. Son arbitrables, en materia de bienes y servicios, los adicionales que no superen el 25% del monto total del contrato original y, al tratarse de obras, cuando dichos adicionales no superen el 15%. Cuando superen dichos porcentajes se requerirá la aprobación previa de la Contraloría General de la República, al ser materias no arbitrables. La razón por la cual no son arbitrables es que se considera que, a través de estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el Presupuesto General de la República, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público.

Palabras clave: Adicional de obra – arbitraje – contratación con el Estado – materia arbitrables – Contraloría General de la República

Abstract: This wording begins remembering that article 41 of the former law of Contracts and Acquisitions with the State, Law 26850 enacted in 1998, provided that —for the first time— an arbitration clause be included as a compulsory clause in the Contracts to be executed with the State, in order to find out a solution and settlement of the controversies arisen between the parties. With regard to goods and services, the additional issues that do not exceed the 25% of the total amount contracted originally are subject to arbitration, and in cases referred to contracting works (*i.e.*, building, construction and any other kind of work) those additional issues that do not exceed the 15% of the total amount contracted originally. When the additional issues exceed the percentages mentioned in the precedent paragraph, then the parties will have to ask for the prior consent of the General Comptroller of the Republic. Such cases are not subject to arbitration. The reason to consider that those matters are not subject to arbitration is because the authority estimates that through those possible or eventual additional matters, any party could be pretending to attempt against the General Budget of the Republic. Therefore, the government provides such rules that, obviously, are addressed to preserve the public order.

Key words: Additional work – arbitration – contracting with the State – matter subject to arbitration – General Comptroller of the Republic

* Es magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre y miembro de la Academia Peruana de Derecho. También se desempeña como profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Asimismo, es catedrático de las materias nombradas en la Universidad de Lima y director de las bibliotecas de Arbitraje y de Derecho de su estudio.

** Es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesora de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro del área de Arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre y secretaria arbitral en procesos *ad hoc*.

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los inversionistas extranjeros que llegaron a América Latina estimularon el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que exigían la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y/o arbitraje en los contratos que suscribían con, por ejemplo, los estados.

Sin embargo, por tradición, una América Latina apegada profundamente al concepto de soberanía del Estado ha visto grandes inconvenientes en que este o las entidades que forman parte de él se sometan a arbitraje.

Al respecto, Bernal Gutiérrez¹ señala que esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia —movidas por intereses de diversa índole— han sido férreas y sostenidas; y el externo, donde, a pesar de estar casi sin excepción vinculados y adheridos a los tratados más importantes, se desconocen estos mecanismos en nombre de la soberanía y la preponderancia de la Constitución, como consecuencia del fanatismo y la ignorancia.

En este ambiente no era raro encontrar, como hace un par de décadas, que la normativa latinoamericana vigente en materia de solución de controversias —donde fuere parte integrante el Estado o sus entidades y, en particular, la referida a la solución de controversias contractuales— no registrara, en términos generales, disposición alguna que tratara explícitamente el tema.

Ello no quiere decir que no se llevaran a cabo arbitrajes, ni que la mecánica no se utilizara o que no fuere considerada como una buena opción. Simplemente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él —tan solo por ostentar tal condición— escenarios de privilegio, sin importar que este se encontrara en el mismo nivel que los particulares y que ello no comprometía —en modo alguno— su soberanía ni poderes. Se trataba del Estado o sus entidades y, por ende, tenía derecho a tal privilegio, sin importar nada más y sin consideración alguna.

No obstante, como bien señala Bernal, quizá por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los inconvenientes a los que se ha hecho mención han cedido de manera relativa. Hoy en

1 Bernal Gutiérrez, Rafael. "El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica". *Revista Internacional de Arbitraje*. Legis, junio-diciembre 2004, pp. 123-124, Bogotá.

día, como consecuencia de la reforma que venimos comentando, podemos observar una referencia constante a la materia (permisiva en líneas generales) de aplicación del arbitraje y de los métodos alternativos de resolución de controversias, cuando del Estado y sus entidades se trata. Esto sin desmedro de sus poderes, pero quizá con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de “soberanía”, así como con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños. De esta manera, se pueden distinguir dos bloques: aquellos países que no han contemplado —con relación al sometimiento del Estado a arbitraje— regulación alguna y aquellos que sí lo han hecho.

En el primer bloque, los ordenamientos internos no contemplan una norma concreta sobre el sometimiento del Estado al arbitraje. Sin embargo, ello no ha impedido del todo que dichos países se hayan integrado a diversos tratados donde tanto los particulares como el Estado se encuentran sometidos a resolver sus controversias por la vía arbitral, pues en el campo interno el arbitraje se practica y es utilizado sin reticencias y sin que para la doctrina haya sido objeto de cuestionamientos o dudas que hagan del arbitraje una herramienta desechada para el caso.

Ahora bien, entre los países que sí contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú, el cual —en opinión mayoritaria— cuenta con una completa legislación sobre la materia.

En efecto, el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual [...] a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

Esta referencia constitucional a una ley nos conduce al decreto legislativo 1071 de la Ley de Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4, inciso 2, establece que “las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”, mientras que el inciso 3 señala claramente que “el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”.

Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes, en virtud de un convenio arbitral. Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

Estado (ley 26850 del año 1998)² que estableció —por primera vez— la solución de controversias como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, y señaló que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”³.

Las posteriores leyes y reglamentos (decreto supremo 012-2001-PCM, decreto supremo 013-2001-PCM, decreto supremo 083-2004-PCM, decreto supremo número 084-2004-PCM, decreto legislativo 1017 y decreto supremo 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como sostenemos a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú en la medida en que introdujeron la conciliación y el arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no solo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos al tema⁴.

2 Vigente desde el día siguiente de la publicación de su reglamento, decreto supremo 039-98-PCM. Es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la primera disposición final de la ley. Antes de dicha ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas —rulcop— y al Reglamento Único de Adquisiciones —RUA—, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Incluso se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos con relación al arbitraje, ya que solo los primeros podían ser sometidos a arbitraje. Al respecto, véase Cantuarias Salaverry, Fernando. “Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales”. *Advocatus*, N° 7, 2002, pp. 180-181, Lima.

3 Cabe recordar que el artículo 63 de la Constitución Política del Perú ya contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Sin embargo, no se establecía la obligatoriedad, como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.

4 En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros.

Dentro de tal orden de ideas, el presente trabajo abordará uno de los temas que ha presentado ciertos problemas en la contratación con el Estado: los adicionales de obra.

323

EL ARBITRAJE Y
LOS ADICIONALES
DE OBRAARBITRATION
AND ADDITIONAL
WORK

I. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente en lo referido a las controversias: “Las controversias que surjan entre las partes sobre *la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato*, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes [...]” (el subrayado es nuestro).

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado artículo constituirá materia arbitrable, lo que resulta ser una norma bastante amplia. Ahora bien, el artículo 52 contempla también una enumeración de las materias arbitrables: las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

Por otro lado, debemos señalar que una enumeración siempre sugiere exclusión. Por ello, un tema relevante es el referido a la exclusión —como materia arbitrable— de las prestaciones adicionales que superen cierto porcentaje del valor del contrato.

I.1. Los adicionales de obra y la Contraloría General de la República

Los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos —en el caso del contrato de obra— no considerados en el contrato original.

Campos Medina⁵ señala que los trabajos adicionales de obra —o, simplemente, los adicionales de obra— generan costos inicialmente no previstos para la entidad propietaria y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el Derecho. Recordemos que en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

5 Campos Medina, Alexander. “Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?”. *Arbitraje On Line*. Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, N° 4, p. 1, 2004. <http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm>.

Al respecto, Linares Jara⁶ señala que, en general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

Como sabemos, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado se encarga de desarrollar el tema de los adicionales, reducciones y ampliaciones, al establecer lo siguiente:

Artículo 41.- Adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de *bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto*, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de *obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original*, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, *mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado*, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, *el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios*. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago [...].

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República [...] (el subrayado es nuestro).

6 Linares Jara, Mario. "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales. Función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, 2009, p. 180, Lima.

Asimismo, debemos tener presente lo establecido por la quinta disposición final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (ley 28411), que establece lo siguiente:

QUINTA.- Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del Titular de Entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito de FONAFE, por Acuerdo del Directorio de la empresa, y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.

Cuando se trate de la ejecución de obras adicionales en el marco de un proyecto de inversión pública, cuya viabilidad se haya visto afectada, el órgano competente deberá proceder a la verificación de la misma (el subrayado es nuestro).

Cabe señalar que la citada disposición final fue modificada por la única disposición complementaria modificatoria de la Ley de Contrataciones del Estado.

Antes, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establecía el 10% como límite máximo para la aprobación de obras adicionales —sin autorización de la Contraloría General de la República—, lo que implicaba la existencia de dos normas incompatibles: por un lado, la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establecía en 15% el límite máximo; por el otro, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que lo establecía en 10%⁷.

Al mismo tiempo, es pertinente anotar que tanto el citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado como la quinta disposición final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto están en

7 Dicha incompatibilidad y la facultad de la Contraloría General de la República de autorizar adicionales ha sido criticada por la doctrina nacional. Véase Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. "Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra". *Advocatus*, N° 16, 2007, p. 187, Lima; Cantuarias Salaverry, Fernando. "El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República". En *Derecho & Sociedad*, N° 21, 2003, pp. 284-287, Lima; Ortega Piana, Marco Antonio. "Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública". *Advocatus*, N° 7, 2002, pp. 433-440, Lima.

concordancia con la ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (ley 27785).

En efecto, los artículos 22 y 23 de la referida ley orgánica establecen lo siguiente:

Artículo 22.- Atribuciones.

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: [...] k) *Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública*, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, *cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

[...]

Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje.

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, *tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley*, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General (el subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, en atención a que en el contrato de obra pública media el interés del Estado, se ha establecido una competencia especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Así, mediante la directiva 01-2007-CG/OEA⁸ (“Autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra”), se regula la potestad de control previo externo que ostenta la Contraloría General de la República en aquellos adicionales de obra que excedan el 15%⁹ del contrato original.

8 Aprobada mediante resolución de Contraloría 369-2007-CG, de fecha 29 de octubre de 2007 y publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha del primero de noviembre de 2007. Cabe señalar que la directiva 01-2007-CG/OEA entró en vigencia a los quince (15) días naturales de su publicación. Asimismo, vale precisar que la primera norma que regulaba el tema de la autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra fue la directiva 012-2000-CG/OATJ-PRO, a través de la cual la Contraloría General de la República estableció los lineamientos para cautelar el adecuado procedimiento de control previo. Dado que la referida directiva era anterior a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y a su reglamento, fue modificada por la directiva 01-2007-CG/OEA.

9 Cabe señalar que la directiva 01-2007-CG/OEA hace referencia al 10%; sin embargo, como hemos visto actualmente, el límite establecido es del 15%.

En esta directiva se señala expresamente que “para los fines del control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original”. En ese sentido, el presupuesto adicional de obra es el “mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra”.

Ahora bien, para el cálculo del porcentaje de incidencia acumulado, la directiva 01-2007-CG/OEA señala que “las Entidades acumularán el monto total de los presupuestos adicionales de obra autorizados, incluyendo el que se encuentra en trámite, y el monto de aquellos presupuestos deductivos derivados de las sustituciones de obra directamente vinculadas con las partidas de obras adicionales, siempre que ambas respondan a la misma finalidad programada”.

Otro aspecto importante que regula la referida directiva es el de las causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra, al indicar que:

[...] procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.

Error, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra.

Finalmente, debemos resaltar la aplicación del silencio administrativo positivo en el caso de que la Contraloría General de la República no emita pronunciamiento sobre la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, y en el plazo máximo de quince días hábiles.

En efecto, si la Contraloría General de la República no se pronuncia dentro del referido plazo, la entidad considerará aprobada la solicitud y se entenderá autorizada la ejecución y el pago del presupuesto adicional. Ahora bien, ello no implica que la Contraloría General de la República no realice un control posterior de los documentos, las declaraciones y la información presentados por la entidad.

Sobre el particular, Campos Medina¹⁰ afirma que los cambios normativos se han caracterizado por un constante intento de extender

10 Campos Medina, Alexander. Ob. cit., p. 2.

la intervención de la Contraloría General de la República, sin reparar en los graves problemas legales y prácticos que esto genera.

Al respecto, Ortega Piana¹¹ afirma que supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la Contraloría General de la República puede ser un interesante medio de control previo; sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas antes que ventajas para el Estado.

Si se trata de una institución de control, el citado autor cree que la Contraloría General de la República no debería ingresar a temas propios de la gestión, pues ello es responsabilidad de la entidad comitente, la cual debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes.

Coincidimos en que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertirla en una suerte de supra organismo público que —en los hechos— sería sinónimo de ineficiencia¹².

En efecto, como bien señalan Arrarte y Paniagua,¹³ la intervención eficiente de la Contraloría General de la República implicaría contar con un “mega” organismo estatal, con múltiples áreas especializadas, para supervisar técnicamente a todas las entidades contratantes —que a su vez deben contar con su propio supervisor para cada obra a ejecutar— lo que, en opinión de los autores citados, originaría un importante sobre costo para la ejecución de cualquier obra pública.

Ahora bien, para el contratista resultará más adecuado que tanto la ejecución como el pago del adicional que supera el porcentaje establecido por el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado estén sujetos a la aprobación previa de la Contraloría General de la República. Ello en comparación a que sea solo el pago el que esté sujeto a dicha aprobación previa, ya que, en este último caso, el contratista podría ejecutar el adicional —ordenado por la entidad— y luego la Contraloría General de la República podría no aprobar el pago del referido adicional, lo que —obviamente— implicaría que el contratista asuma todo el riesgo¹⁴.

11 Ortega Piana, Marco Antonio. Ob. cit., p. 440.

12 *Ibid.*

13 Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. Ob. cit., p. 193.

14 Cabe señalar que este riesgo con relación al pago —luego de que la entidad ordenaba la ejecución de un adicional que superaba la valla porcentual establecida por ley— se presentaba en el artículo 42 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —ley 26850—, que establecía lo siguiente: “[...] En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad [...] podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, *debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de*

Como se puede apreciar, este es un tema muy importante en la medida de que marca la línea con respecto a los adicionales, entre aquellos cuyas controversias sí son susceptibles de ser sometidas arbitraje y aquellos cuyas no¹⁵.

Son susceptibles de arbitraje, en resumen, en materia de bienes y servicios, cuando estos adicionales no superen el 25% del monto de tales bienes y servicios, y, al tratarse de obras, cuando dichos adicionales no superen el 15% del monto total del contrato original. En los otros casos, cuando superen estos porcentajes y hasta los límites señalados por la propia Ley de Contrataciones del Estado, tales adicionales requerirán la aprobación previa de la Contraloría General de la República, conforme con el quinto párrafo del citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

La razón por la cual tales materias no son arbitrables es que se considera que —en tanto se trate de porcentajes mayores a los señalados, es decir, 25% en bienes y servicios y 15% en obras—, a través de estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el presupuesto general de la república, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público¹⁶.

En efecto, uno de los principales argumentos de la Contraloría General de la República es que las decisiones que emite en relación con los presupuestos adicionales no pueden ser materia de arbitraje, ya que con ello se podría estar modificando los montos autorizados por el organismo de control. La Contraloría General de la República refiere que los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición de las partes contratantes, debido a que por ley se dispone que será —precisamente— dicho

la República [...]" (el subrayado es nuestro). La norma guardaba absoluto silencio sobre cuál era la consecuencia en caso la Contraloría General de la República denegara el pago del adicional, a pesar de que el adicional ya se había ejecutado. Ello generó que luego se modificara la normativa y se estableciera que la aprobación previa de la Contraloría General de la República era no solo para el pago del adicional, sino también para la ejecución misma del adicional.

15 Cabe señalar que este tema también estuvo regulado por el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, decreto supremo 083-2004-PCM, que establecía que "Dicha disposición [la de la cláusula de solución de controversias] no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto". Ahora bien, tanto la actual como la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se diferencian del decreto supremo 012-2001 en que este solo especificaba la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para los contratos con el Estado y no excluía a los adicionales de obra como materia arbitrable cuando la Contraloría General de la República ejercía el control previo.

16 A entender de Campos Medina, la intención de la administración de prohibir el uso del arbitraje para resolver este tipo de controversias demuestra que la referida administración no se encuentra satisfecha con los resultados de estos procesos. Más allá de los argumentos esgrimidos para intentar justificar esta prohibición, queda claro —a entender del citado autor— que la administración no adoptaría una medida tan radical si los tribunales arbitrales conformados para resolver este tipo de controversias estuvieran en su mayoría respaldando la posición del Estado. Campos Medina, Alexander. Ob. cit., p. 3.

organismo de control el que aprobará, previamente, la ejecución y el pago del adicional.

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua¹⁷ consideran que no tiene sentido alguno afirmar que, si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos y, en consecuencia, indisponibles. En efecto, si se asume que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no solo aquellos que excedan esta valla porcentual tendrán la calidad de fondos públicos, sino que esto ocurre, en realidad, desde aquel primer centavo comprometido en la obra, sin que por ello se pueda afirmar que estamos frente a un bien indisponible.

A entender de los citados autores, dicho argumento resulta más débil si se considera que este porcentaje, que supuestamente marcaría la brecha entre lo que está disponible y lo que no, varía cada año en función a criterios poco conocidos y razonables, al punto tal que, en el año 2003, fue del 5% del valor de la obra.

Otro de los argumentos para prohibir el arbitraje cuando se trata de controversias derivadas de las decisiones de la Contraloría General de la República sobre adicionales de obra es la imposibilidad de arbitrar aspectos relativos al *ius imperium* del Estado.

Al respecto, Ortega Piana¹⁸ señala que resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no encuentra razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje en estos casos.

Dicha posición es compartida por Campos Medina,¹⁹ quien sostiene que en el arbitraje para el pago de los trabajos adicionales no se discute en forma alguna el *ius imperium* del Estado, por lo que en modo alguno la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República podría prohibirlo.

El referido autor señala que nada en un eventual laudo arbitral favorable al contratista podría modificar alguna consecuencia de la decisión de la Contraloría en el interior de la administración pública —su auténtico ámbito de aplicación—. Por ejemplo, si en abuso de su competencia una entidad ordena la ejecución de una obra a pesar de no contar con el presupuesto respectivo, el funcionario encargado será responsable frente al Estado por ello.

Sin embargo, la Contraloría General de la República no está facultada para modificar ni denegar los derechos de un contratista nacidos del

17 Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. Ob. cit., p. 189.

18 Ortega Piana, Marco Antonio. Ob. cit., p. 434.

19 Campos Medina, Alexander. Ob. cit., p. 2.

contrato de obra, mucho menos puede convertir una prestación pactada como onerosa en gratuita. Por lo tanto, si el contratista reclama y obtiene un laudo favorable que solo hace respetar sus derechos en el contrato en cuestión, ¿cómo puede esto infringir el *ius imperium* del Estado?²⁰

Sostener lo contrario nos enfrentaría con serias contradicciones de índole práctica y legal. Por ejemplo, si la Contraloría General de la República está de acuerdo en que la obra adicional era en efecto necesaria, pero deniega el pago simplemente por haberse ejecutado antes de requerirse las autorizaciones de dicho órgano de control —o por cualquier otro defecto de forma—, ¿cómo puede un laudo que reconoce al contratista el derecho al justo valor de esta obra ya ejecutada ser contrario al *ius imperium* de la Contraloría?²¹

Por otro lado, Cantuarias²² señala que el argumento de que a través del arbitraje se podrían modificar los montos autorizados por la Contraloría General de la República carece de sustento, ya que la decisión de dicho organismo de control también podría ser modificada por el Poder Judicial.

Así, Emilio Cassina²³ señala que recurrir a la vía judicial significa un largo proceso que recorre dos duras instancias y que es factible de casación por la Corte Suprema, lo que a su vez irrumpiría con la finalidad de incluir una cláusula de solución de controversias en la contratación pública: la de proveer una rápida solución como es el arbitraje.

En efecto, y lamentablemente, la decisión del Poder Judicial demorará varios años —dados los problemas que todos conocemos— y será tomada por jueces que nada o poca experiencia tienen en esta materia.

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones y, en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen cierto porcentaje también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales cuando estos adicionales estén en discusión.²⁴

Al respecto, nos parece interesante la propuesta de Cantuarias,²⁵ quien señala que, si lo que reclama la Contraloría General de la República es no poder defender —en sede arbitral— su evaluación técnica del adicional —ya que no forma parte del convenio arbitral—, lo más conveniente hubiese sido una norma expresa que le permitiera participar en los

20 Campos Medina, Alexander. Ob. cit., p. 4.

21 Ibid.

22 Cantuarias Salaverry, Fernando. "El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República". Ob. cit., p. 287.

23 Ibid., p. 286.

24 Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. Ob. cit., p. 190.

25 Cantuarias Salaverry, Fernando. "El arbitraje frente a la Ley Orgánica...". Ob. cit., p. 287.

procesos arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones.

Otro cuestionamiento que se hace a este tema es el relativo a la razonabilidad técnica para considerar no arbitrables los adicionales que superen el porcentaje contemplado en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como sabemos, el porcentaje del adicional —cuya aprobación previa para la ejecución y pago son competencia de la Contraloría General de la República— ha variado con el transcurso de los años, con una fluctuación de entre el 5% y el 15%.

A entender de Arrarte y Paniagua,²⁶ carece de sustento técnico colocar un porcentaje predeterminado, aplicable a todas las obras, con prescindencia de su naturaleza, y que tenga como único parámetro restricciones presupuestales uniformes.

Lo recomendable, según los citados autores, debería ser que los porcentajes de obras adicionales se establezcan tomando en consideración el tipo de obra a ejecutar. Por ejemplo, no resulta técnicamente adecuado asignar un mismo porcentaje de variación del presupuesto original (obras adicionales) a una edificación en la que razonablemente se pueden determinar todas las variables que afectarán su ejecución desde el proyecto, que asignárselo a una obra de distinta naturaleza —como una obra vial o un túnel—, en la que no es posible prever desde el proyecto todas las variables que podrían terminar afectando las actividades a realizar en su ejecución y que determinarán la necesidad de modificar el presupuesto asignado de manera inicial.

Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que, ante una situación de esta naturaleza, los tribunales arbitrales se podrían declarar incompetentes, tanto a pedido de una de las partes vía excepción de incompetencia, como a través de oficio²⁷.

En tal sentido, en caso de que no se esté de acuerdo con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República —que denegó la aprobación del adicional—, la entidad deberá impugnar dicha decisión a través del recurso de apelación ante la propia Contraloría General de la República (impugnación administrativa)²⁸ e incluso podría impugnar

²⁶ Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. Ob. cit., p. 188.

²⁷ Recordemos que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece las causales de anulación del laudo cuando indica que “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] e. Que el tribunal arbitral *ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje*, tratándose de un arbitraje nacional [...]” (el subrayado es nuestro).

²⁸ En el numeral 22.1. de la directiva 01-2007-CG/OEA se establece que “contra la resolución emitida por la CGR respecto a la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, la Entidad puede interponer únicamente el recurso de apelación”.

la decisión a través del proceso contencioso administrativo (impugnación judicial).

333

II. CONCLUSIONES

Entre los países que contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú, con una completa legislación sobre la materia.

En efecto, uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (ley 26850 del año 1998), que estableció la solución de controversias —por primera vez— como una de las cláusulas obligatorias en los contratos de adquisiciones y contrataciones. Las posteriores leyes y reglamentos han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado —las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato— constituirá materia arbitrable.

Son susceptibles de arbitraje, en materia de bienes y servicios, cuando estos adicionales no superen el 25% del monto de tales bienes y servicios, y, al tratarse de obras, cuando dichos adicionales no superen el 15% del monto total del contrato original.

En los otros casos, cuando superen estos porcentajes y hasta los límites señalados por la propia Ley de Contrataciones del Estado, tales adicionales requerirán la aprobación previa de la Contraloría General de la República, al tratarse —conforme al quinto párrafo del citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado— de materias no arbitrables.

La razón por la cual tales materias no son arbitrables es que se considera que —en tanto se trate de porcentajes mayores a los señalados, es decir, 25% en bienes y servicios y 15% en obras— a través de estos posibles o eventuales adicionales se podría estar modificando o alterando el Presupuesto General de la República, razón por la cual se establecen estas normas de evidente orden público.

EL ARBITRAJE Y
LOS ADICIONALES
DE OBRAARBITRATION
AND ADDITIONAL
WORK